

〈判例研究〉

「判例研究『民法94条2項と同法110条の適用に関する一考察

— 新たな民法110条類推適用類型を創設した 最一小判平18・2・23民集60・2・546 — 』 創価法学第45巻第1号」 補論

松 田 佳 久

目 次

1. はじめに
2. 最一小判平18・2・23民集60・2・546判決（以下、本判決という）の事案概要とその判断
 - (1) 事案概要
 - (2) 判 断
3. 私見「民法110条類推適用を基礎とし、権限逾越部分につき同法94条2項を類推適用する」の意義
 - (1) 民法94条2項の単独適用（あるいは類推適用）の可否
 - (2) 民法110条の適用（あるいは類推適用）の可否とAの代理意思
 - (3) 民法110条と同法94条2項の要件結合
 - (4) 最二小判平15・6・13判時1831・99（以下、平成15年判決という）との相違
 - (5) 「民法94条2項および同法110条の法意に照らして」との相違
 - (6) まとめ
4. おわりに

1. はじめに

本稿は、創価法学第45巻第1号に掲載された拙著である判例研究「民法94条2項と同法110条の適用に関する一考察 — 新たな民法110条類推適用類型を創設した最一小判平18・2・23民集60・2・546 —」の内容を補うことを目的とする。

2. 最一小判平18・2・23民集60・2・546判決（以下、本判決という） の事案概要とその判断¹⁾

(1) 事案概要

Xは、平成7年3月にその所有する土地をC県土地開発公社の仲介により日本道路公団に売却した際、同公社の職員であるAと知り合った。Xは、平成8年1月11日ころ、Aの紹介により、Bから、本件不動産を代金7,300万円で買い受け、同月25日、BからXに対する所有権移転登記がされた。Xは、Aに対し、本件不動産を第三者に賃貸するよう取り計らってほしいと依頼し、平成8年2月、言われるままに、業者に本件不動産の管理を委託するための諸経費の名目で240万円をAに交付した。Xは、Aの紹介により、同年7月以降、本件不動産を第三者に賃貸したが、その際の賃借人との交渉、賃貸借契約書の作成及び敷金等の授受は、すべてAを介して行われた。

Xは、平成11年9月21日、Aから、上記240万円を返還する手続きをするので本件不動産の登記済証を預かせてほしいと言われ、これをAに預けた。

また、Xは、以前に購入しXへの所有権移転登記がされないままになっていた甲土地についても、Aに対し、所有権移転登記手続および隣接地との合筆登記手続を依頼していたが、Aから、甲土地の登記手続に必要であると言われ、平成11年11月30日および平成12年1月28日の2回にわたり、Xの印鑑登録証明書各2通（合計4通）をAに交付した。

なお、XがAに本件不動産を代金4,300万円で売り渡す旨の平成11年11月7日付け売買契約書が存在するが、これは、時期は明らかでないが、Xが、その内容及び用途を確認することなく、本件不動産を売却する意思がないのにAから言われるままに署名押印して作成したものである。

Xは、平成12年2月1日、Aから甲土地の登記手続に必要であると言われて実印を渡し、Aがその場で所持していた本件不動産の登記申請書に押印するの

1) 本稿のみで私見が理解できるようにするために、松田佳久「民法94条2項と同法110条の適用に関する一考察 ― 新たな民法110条類推適用類型を創設した最一小判平18・2・23民集60・2・546 ―」創法45・1・187-188（2015）に記載したものを再度記載する。

を漫然と見ていた。Aは、Xから預かっていた本件不動産の登記済証及び印鑑登録証明書並びに上記登記申請書を用いて、同日、本件不動産につき、XからAに対する同年1月31日売買を原因とする所有権移転登記手続をした（以下、この登記を「本件登記」という。）。Aは、平成12年3月23日、Yとの間で、本件不動産を代金3,500万円で売り渡す旨の契約を締結し、これに基づき、同年4月5日、AからYに対する所有権移転登記がされた。

Xは、Yに対し、本件不動産の所有権に基づき、AからYに対する所有権移転登記の抹消登記手続を求めた。

なお、Yは、本件登記等からAが本件不動産の所有者であると信じ、かつ、そのように信ずることについて過失がなかった。

(2) 判 断

Aが本件不動産の登記済証、Xの印鑑登録証明書およびXを申請者とする登記申請書を用いて本件登記手続をすることができたのは、上記のようなXの余りにも不注意な行為によるものであり、Aによって虚偽の外観（不実の登記）が作出されたことについてのXの帰責性の程度は、自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重いものというべきである。そして、確定した事実によれば、Yは、Aが所有者であるとの外観を信じ、また、そのように信ずることについて過失がなかったというのであるから、民法94条2項、110条の類推適用により、Xは、Aが本件不動産の所有権を取得していないことをYに対し主張することができないものと解するのが相当である。Xの請求を棄却すべきものとした原審の判断は、結論において正当であると判断した。

3. 私見「民法110条類推適用を基礎とし、権限踰越部分につき同法94条2項を類推適用する」の意義

本判決における一般的な見解は、本人は虚偽の外観の作出につき意思的関与も承認もしていないことから、民法94条2項を適用（あるいは類推適用）することはできないにもかかわらず、虚偽の外観の作出における本人の不注意の重

大性に鑑み、民法94条2項を類推適用し、さらに第三者の主観的要件として善意のみならず、無過失をも基礎づけるためだけに同法110条が類推適用されているとするものである。また、本判決の採用する論理については、民法94条2項²⁾と同法110条を重ねて援用する論理は、当初の民法94条2項類推適用の事案を超えて、一般的な権利外観法理に近い機能を果たし始めていると感じさせる³⁾との主張もなされているところである。

しかし、本判決は民法110条につき類推適用と判断しているが、民法94条2項および同法110条の適用については、最一小判昭43・10・17民集23・10・2188、最一小判昭45・11・19民集24・12・1916に代表されるように、最高裁は「民法94条2項および同法110条の法意に照らして」判断するといった別の法構成をすでに判断しているところでもある。筆者は、この「110条の法意に照らして」と110条の類推適用とはそれぞれ異なる事案に対する異なる法構成であると考えている。その異同を明らかにすると同時に民法110条の類推適用を文言どおり類推適用として捉えるべく、すなわち、事案の類似性を基礎としてその要件効果も多少の修正あるも適用するものであることを示すことが私見における法構成の意義である。

したがって、私見は、上記における一般的な見解と異なる見解を提示するものである。

以下、私見における法構成につき、順を追って説明する。

(1) 民法94条2項の単独適用（あるいは類推適用）の可否

虚偽の外観作出につき、本人は意思的関与も承認もしていないのであるから、民法94条2項を適用（あるいは類推適用）することはできない。それというのも、民法94条1項の文言によれば、虚偽の外観は「相手方と通じてした虚偽の意思表示」によって作出されたものであることが必要であり（意思的関与）、少なくとも虚偽表示に関する本人の承認は必要とされるところである（最二小判

2) 山本敬三『民法講義Ⅰ総則』175－177頁（有斐閣、第三版、2011）

3) 内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論』201頁（東京大学出版会、第四版、2008）

4) 最高裁裁判官も、同じ条文の適用でありながらえて「法意に照らして」と類推適用とを区分して判断しているのであるから、私見のように考えているものと思われる。

昭45・7・24民集24・7・1116他)。そして、この本人による黙示の承認までがかろうじて条文の文言に沿うものであると思われる。しかし、意思的関与も黙示の承認もない本事案に、民法94条2項を単独適用することは、類推適用であつたとしても条文の文言を逸脱するものであつて、そのような法解釈は原則として許されないと思われるからである。⁵⁾

そうであるならば、本事案にあつては、民法94条2項を単独にて適用（あるいは類推適用）することはできない。したがって、第三者は、登記に公信力がないこともあり、虚偽の外観を信頼したとしても保護されないということになる。

一方、虚偽表示作出につき意思的関与も承認（以下、黙示の承認も含む）も与えていない本人の利益保護の観点からすれば、本人は民法94条2項の適用によって容易に権利をはく奪されるべきではない。

(2) 民法110条の適用（あるいは類推適用）の可否とAの代理意思

本事案では、虚偽の外観を作出したAは本人から授權された基本代理権を有していることから、Aに本人を代理する意思が確認できる場合には、甲土地のA名義への虚偽の外観作出といった権限踰越行為については民法110条が適用（あるいは類推適用）される可能性が出てくる。

本事案における事実である「Aから甲土地の登記手続に必要であると言われて実印を渡し、Aがその場で所持していた本件不動産の登記申請書に押印するのを漫然と見ていた。」は、確かに本人たるXの余りにも不注意な行為があるものの、代理人たるAがXの面前で行った行為であり、この行為に対し、Xが直ちに異議を唱えたのであれば、Aによる権限踰越行為は実現せず、Aの思惑は無に帰することになる。したがって、Aとしては、「Xが異議を唱えなければよい」という内心を有し、本人Xから異議がないことを期待して、本人Xの意思を確認しながら、Aが行為をしているといえるのではないだろうか。そうであ

5) 取引安全が重要であるとはいえ、相手方の信頼した外観の作出に本人が全く関与していないときにまで責任を及ぼすべきではないとするのが権利外観法理であり（内田・前掲注(3)189頁）、権利外観法理を体現したのが民法94条2項であることからしても、このように考えるのが妥当である。

るならば、Aは、本人Xの代理意思を有しているものといえる。

また、「Xが、その内容及び用途を確認することなく、本件不動産を売却する意思がないのにAから言われるままに署名押印して作成したものである。」については、本人Xが自分で署名押印したとしても、それは代理人Aの指示に従ってなしたものにすぎず、代理行為であるならば、本来ならば代理人名を示して代理人Aが署名押印すべきであるが、本人に署名押印させた方が、本人意思を明確に示すことができるとする意図の下に行う場合もあることから、この行為も代理意思の存する代理類似の行為といえる。最二小判昭44・12・19民集23・12・2359は、代理人が本人として法律行為をした場合も代理類似の行為として捉えているのであるから、本人に代理行為の一部を行わせた場合も当然に代理類似の行為として捉えることができるはずである。

そうであるならば、本事案は、Aが自己所有名義に変更する行為は、Aが買主として、そして前述のとおり本人Xを代理する意思を有する代理人として本人とAとの間で代理人として行動する、いわば自己契約であって、このAX間の売買契約に基づきA名義に移転登記を行うという自己契約が民法110条の権限⁶⁾超越行為に該当するのである。また、本事案との類似性を有するものとして代理人が双方代理をする場合もありえよう。たとえば、代理人Bが、本人Xに対する働きかけによって本人の「余りにも不注意な行為」の助力を得て、Xの所有する建物の所有名義を、Cに移転し、その後Cから転々譲渡されY所有名義になった事案の場合、この代理人Bの行為は本人XとC双方の代理人として行為する、いわゆる双方代理であって、XC間の売買契約に基づきC名義に移転登記を行うという双方代理が民法110条の権限超越行為に該当するのである。

しかし、本事案にあつては、代理意思の存する行為は甲土地のA所有名義への変更までであり、Yが虚偽の外観（A名義）を信頼し、AY間の売買契約およびYへの所有権移転登記がなされたという行為については、Aは、Xを代理するものではなく、当事者として法律行為をするものであるから、民法110条が適用（あるいは類推適用）されることはない。つまり、第三者Yは、民法110条

6) 事実、XがAに本件不動産を代金4,300万円で売り渡す旨の平成11年11月7日付け売買契約書が存在する。

の単独適用（あるいは類推適用）によっても保護されないことになる。

(3) 民法110条と同法94条2項の要件結合

①本人の「余りにも不注意な行為」と虚偽の外観に対する信頼

以上、本事案は、四宮和夫教授による従来の類型（外形自己作出型、外形他人作出型、意思外形非対応型）⁷⁾に該当するものではなく、また、本事案について、民法94条2項、同法110条を単独で適用あるいは類推適用をしたとしても、第三者Yは保護されないことになる。

原審（福岡高判平15・3・28判時1842・72）は、第三者Yを保護するために、本人側から見た場合には、不実の外形が作出される基礎となった事情は、虚偽の外形の積極的形成ないしその放置ではなく、基本代理権の授与および代理人の権限踰越の事情であるから、民法110条のみを類推適用すべきものとしている。

このように本事案が民法110条事案であることを認めているのは原審だけではなく、本判決も認めているものと思われる。すなわち、本判決は、「原審の判断は、結論において正当」であるとしながらも、民法110条の類推適用を判断しているのであり、これは、本事案は基本代理権の存在を前提とする民法110条の適用事案であるとの基本的認識が、本判決にあることを示しているといえるからである。⁸⁾

しかし、とはいっても、前記(2)のとおり、A名義にした後、AがYと売買契約を締結し、Y名義に所有権移転登記をした行為は、代理行為ではないことから、類推適用という解釈を採ったとしても、民法110条を適用することはできないであろう。

ところが、Xの「余りにも不注意な行為」は、代理人Aによる権限踰越行為（甲土地のAへの登記名義の移転）に助力し、権限踰越行為を完成せしめたのである。逆にいえば、Xの「余りにも不注意な行為」がなければ、Aによる権限

7) 四宮和夫＝能美善久『民法総則』184頁（弘文堂、第7版、2005）

8) 松田・前掲注(1)180、吉田克己「判批 最判平成18年2月23日」判タ1234・53(2007)。したがって、本判決が、「原審の判断は、結論において正当」であるとして、判断のための法構成のみを問題としているが、問題となっているのは、民法94条2項の類推適用がなされていない点だということになる。

踰越行為は完成しなかったのである。⁹⁾ 民法110条のみの適用であれば本事案にあつては相手方がAとなり、Aと本人Xとの争いにとどまることになるはずである。しかし、本事案は本人Xの「余りにも不注意な行為」が助力してA名義の外観が作出されたのである。本人Xによる行為の助力によってA名義という虚偽の外観が作出されたのであるから、本人Xは、この虚偽の外観作出につき責任があるはずであり、その責任は虚偽の外観における第三者の信頼に対する責任ということになる。民法110条のみの適用にあつては、相手方の保護されるべき信頼はAの代理人としての外観に対する信頼であるが、信頼の主体はYであり、その信頼の対象はA名義という虚偽の外観である。そして、A名義という虚偽の外観を作出した責任の一端は本人Xにある。そこに本人Xが虚偽の外観の信頼に対する責任を負うべき要因がある。その要因とは、端的に言えば本人Xの「余りにも不注意な行為」なのである。

ただし、本人は虚偽の外観作出につき意思的関与も承認もしていないことから、民法94条2項をそのままでは適用（あるいは類推適用）することはできない。

ところが、虚偽の外観が作出されたのは事実であり、第三者Yがそれを信頼したのも事実であり、Yを保護する必要性もあろう。

②第三者保護のための法的構成 ― 要件結合 ―

虚偽の外観が作出された経緯を見るにつき次の2点が注目される。

1点は、前述したとおり、虚偽の外観は基本代理権を有する代理人の代理行為に本人による「余りにも不注意な行為」が一体となってこそはじめて作出されたものであり、一体とならなければ作出されることはなかったものである。

2点は、本人の「余りにも不注意な行為」は、本人自らが信頼して基本代理権を与えたその代理人を信頼しているからこそなされたものであり、信頼して

9) この点は、本判決も認めている点である。すなわち、本判決は、「上告人の印鑑登録証明書及び上告人を申請者とする登記申請書を用いて本件登記手続きをすることができたのは、上記のような上告人の余りにも不注意な行為によるものである」と述べている。

10) ここでの本人の帰責性とは、本人が自分を裏切るような代理人を選んだことであり、その裏切りのリスクを本人が負担するのである（内田・前掲注（3）190頁）。

いなければ本人は「余りにも不注意な行為」をすることはなかったのである。

これら2点からするに、本人Xは虚偽の外観の作出という結果を認識するものではないが、自身の選任した代理人Aによる働きかけに基づき、結果がどのようなものになろうとも、代理人Aは本人の利益のためになすものであると信頼して、その権限踰越行為に「余りにも不注意な行為」によって助力したのである。そうであるならば、本人が「余りにも不注意な行為」をなすに至ったのは、権限踰越行為によって作出される外観につき無留保の事前承認を与えたとはほぼ同様なものといえるのではないだろうか。本判決はそうのように捉えているものと思われる。この場合、民法110条の信頼の対象を相手方の信頼の対象である「代理人としての外観」から第三者の信頼の対象である「虚偽の外観」に変換することができる。すなわち、民法94条2項を類推適用することができるのである。

ただし、第三者が、本人が虚偽の外観につき事前承認したものとほぼ同様な行為をしたものであることを立証するには、その結果である本人の「余りにも不注意な行為」だけではなく、本人の「余りにも不注意な行為」でもって権限踰越行為に助力する要因となった事情、すなわち、本人がその者を信頼することになった事情である基本代理権の存在の立証をも要件とすべきことになる。

これを要件面からみれば民法110条と同法94条2項とが結合したということになる。すなわち、要件として「基本代理権の存在」と「第三者の無過失」を加えることになるのである。¹¹⁾「無過失」を要件とする理由については後記④で述

11) この場合、第三者は本人の「あまりにも不注意な行為」のみならず（岡口基一『要件事実マニュアル第1巻 総論・民法1』172頁（ぎょうせい、第四版、2015））、「基本代理権の存在」をも主張立証しなければならない。この点については、第三者が転得者である場合、当該転得者が保護されなければ、前主、前々主等は追奪担保責任を追及されてしまう可能性があり、証人等として立証に協力せざるをえなくなるであろうし、現に転得者や転々得者が第三者である裁判例にあっても、本人の「余りにも不注意な行為」は適正に立証されている（東京地判平24・12・19LEX／DB25498962）のであるから、それほど酷とはいえないであろう。

また、そもそも「基本代理権の存在」の立証は、民法94条2項を類推適用できるかどうかを判断するにあたっての基本的要件の一つであることから、やむを得ないものといえよう。

べるものとする。

また、無留保の事前承認とほぼ同様な行為における本人の帰責性についていふならば、本人には、権限踰越行為をするような者を代理人として選任した第一の帰責性があり、その者による権限踰越行為がなされるとともに本人への働きかけがなされるのであるが、その者を信頼して本人が「余りにも不注意な行為」をしたという第二の帰責性があるということになろう。

なお、これを前述(2)で挙げた双方代理の事案についていふならば、双方代理をする代理人BがC名義という虚偽の外観を作出するにつき、本人Xの「余りにも不注意な行為」が助力するわけであるが、Cが目的不動産の権利取得を本人Xに主張するにあつては民法110条のみの適用で足りるのであるが、Cから転々と譲渡された転得者であるYが権利取得の主張をするためには、民法110条と同法94条2項の要件結合により、Yは本人Xの「余りにも不注意な行為」のみならず、代理人Bの基本代理権の主張立証も必要となるのである。

③私見における法構成の基礎は民法110条類推適用¹³⁾

私見における法構成全体についていえば、そもそも民法110条適用事案でありながら、第三者を保護することができないことから、その保護を可能とするために民法94条2項を結合したものであるとともに、民法110条適用要件に該当する事案でなければ法構成の適用がないということからしても、民法110条が基礎になっている、つまり私見における法構成適用事案（以下、本稿事案という）での不実の外観が作出される基礎となった事情は、原審のいう基本代理権の授与および代理人の権限踰越の事情であるから、民法94条2項類推適用ではなく、同法110条類推適用類型に分類される事案ということになる。これを比喩的にい

12) なぜならば、権限踰越の表見代理の相手方はCだからである。

13) 結果的に要件結合になるとしても、「基本代理権の存在」が要件として課されるということは、自己契約あるいは双方代理をして、本人に「余りにも不注意な行為」をなさしめ、その結果、売買契約等の目的物の所有権移転契約を締結せしめ、登記名義の移転等といった虚偽の外観を作出せしめる者が基本代理権を有しているかどうかを検討することになるのであるが、このような事案はまさしく民法110条が適用されるべき事案である。

14) 論文ではなく、演習書の解説ではあるが、武川幸嗣「11民法94条2項類推適用とその

うならば、「民法110条類推適用を基礎とし、権限踰越部分につき同法94条2項を類推適用する¹⁵⁾」ということになる。

ところで、民法94条2項の適用にあっても、同法110条との結合によって機能しうる事案における適用であるから、単なる適用ではなく、類推適用ということになる。¹⁶⁾

さらに、この民法110条と同法94条2項の結合という法構成全体についていえば、前述のとおり民法110条の類推適用類型であるから、この類型の新たな創設ということになる。そもそも本判決で同条の類推適用が判断されていることが、同条の類推適用事案であることの証左であるといえる。

④第三者の主観的要件

本人が虚偽の外観の作出を事前承認したとほぼ同様なものと判断されることから、民法94条2項を結合して類推適用することが可能だとはいっても、本人は現実¹⁷⁾に意思的関与も承認もしていないわけではない。この点を鑑みると、本人の静的安全と第三者の取引の安全との調和の観点からも、本人に第一および第二の帰責性があるとしても、本人の責任負担をそれほど容易に認めるべきでは

限界②」千葉恵美子＝潮見佳男＝片山直也編『Law Practice民法I【総則・物権編】』63頁（商事法務、第二版、2014）も、「本人側の要件についても民法110条において要求される関与+αを求めてバランスを図る必要がある。そこに民法94条2項類推適用の要素を加味する意義が存する。」とし、民法110条を基礎とする同法94条2項の要件結合を示唆している。

なお、本判決では、第三者の信賴の対象は虚偽の外観であり、民法110条本来の信賴の対象とは異なるものの、私見の法構成は、自分を裏切るような者を代理人として選んだという本人の帰責性に対し、本人にペナルティを課すという民法110条本来の趣旨の一端に合致するものであり、信賴の主体と対象を変えてまでも第三者保護のために民法94条2項を結合したものであることから、やむを得ないものと思われる。私見たる法構成と同様に条文の要件結合により条文本来の趣旨が変わってしまうものとして民法95条における第三者保護のため、同法96条3項を類推適用する見解がある（内田・前掲注（3）86頁）。民法95条は表意者保護と取引の安全との調整が趣旨であるのに対し、同法96条3項は権利外観法理の適用であって趣旨が異なっているものの、同法96条3項を類推適用することで転得者の前主に対する権利者としての外観の信賴保護に趣旨が変わることになる。

15) 本稿事案において「基本代理権の存在」が立証できない場合には、民法110条が適用さ

ない。第三者にも「善意」以外に相応のさらなる主観的要件を課すことが必要となる。本稿事案が民法110条類推適用類型だということもあるが、それは、信賴が正当なものであることを示す「無過失」ということになる。

なお、「善意」の内容については、権利者らしい外観に対する信賴ということになる。

⑤転得者の保護

民法110条の適用における「第三者」とは権限踰越行為の相手方¹⁸⁾を意味するが、ここでは民法94条2項を類推適用して虚偽の外観に対する信賴を保護するものであるから、転得者も「第三者」の範囲に含まれることになる¹⁹⁾。

(4) 最二小判平15・6・13判時1831・99（以下、平成15年判決という）との相違

本人自らによる「余りにも不注意な行為」が、民法110条と同法94条2項とを結合適用させ、第三者の信賴保護を果たすには、基本代理権を有する代理人の権限踰越行為に、当該代理人への信賴に基づく、本人の「余りにも不注意な

れることはなく、私見における法構成が適用されることはない。この場合は、本人の「余りにも不注意な行為」という助力を導くことはあったものの、それは本人から何らの信賴も与えられていない無権代理人が言葉巧みにあるいは何らかの術策を用いて本人を導いたものということになろう。このとき、本人がこの無権代理行為を追認すると、第三者はたちどころに保護されることになる。この要件効果はまさしく民法113条1項そのものといえよう。もちろんこの本人による追認は、本稿事案にあつては、無権代理人との真正な売買契約とそれに基づく所有権移転登記に対する追認ということになる。

一方、第三者が立証に失敗した場合には、当該第三者は前主への追奪担保責任追及のほか、無権代理人に対しては不法行為責任を追及できることになろう（佐久間毅『代理取引の保護法理』336頁（有斐閣、2001）、同『民法の基礎1総則』294頁（有斐閣、第三版、2014））。なお、民法117条に基づく無権代理人への責任追及はできない。なぜならば、要件を具備しないからである。ただし、要件修正や民法94条2項類推の重畳適用等による適用の可能性を探る意義はあろう。

16) なお、事案によっては、民法109条あるいは同法112条が、同法110条および同法94条2項と結合することも考えられる。

17) 本人が権限踰越行為をするような者を代理人として選任した第一の帰責性があるといつても、実際にはその代理人が自分の意思で権限踰越行為をし、本人に「余りにも不注意

行為」といった、事前承認ともいえる行為がなくてはならない。平成15年判決は、基本代理権を認定するものではなく、それゆえに本人の「余りにも不注意な行為」も認めていないのである。

(5) 「民法94条2項および同法110条の法意に照らして」との相違

私見からいえば、本稿事案と「民法94条2項および同法110条の法意に照らして」判断される事案は、異なる事案ということになる。

すなわち、本稿事案は、基本代理権を有する代理人による行為に本人による余りにも不注意な行為が助力して虚偽の外観が作出されたものであって、民法110条の類推適用事案であるのに対し、「民法94条2項および同法110条の法意に照らして」判断される事案は、前掲最一小判昭43・10・17、前掲最一小判昭45・11・19に代表されるように、たとえば仮登記までは本人による意思的関与や承認があるものの、その後の本登記作出については本人の意思的関与も承認もないし、本登記の作出者は本人に対する背信的行為によってこれをなしたものであり、何ら代理意思を有するものではない。つまり、後者の事案は、民法110条の類推適用事案にまったく該当しない事案²⁰⁾であって、単に代理人が与えられた権限を越えた行為をした場合と類似しているため、純粋にその法意だけを勘案したものであり、実質上は、民法110条は「無過失」要件を課すために機能しているものといえる。

(6) まとめ

以上、私見は、本事案について、民法110条事案でありながら、民法110条の単独での類推適用では第三者を保護できないことから、第三者を保護するべく、

な行為」をするように働きかけたのであるから、この点を本人の帰責性としてカウントすることはできない。

18) 最一小判昭36・12・12民集15・11・2756、於保不二雄＝奥田昌道編『新版 注釈民法（4）総則（4）』235頁〔中舎寛樹〕（有斐閣、2015）、佐久間・前掲注（15）253頁、山本・前掲注（2）425頁

19) 大判昭6・10・24新聞3334・4、最一小判昭45・7・24民集24・7・1116

20) 山本・前掲注（2）174頁

同法94条2項を結合する法構成の適用を示した。すなわち、基本代理権を有する者によるその者名義への変更等の虚偽の外観作出後における第三者への所有権移転登記等については民法110条を単独適用（あるいは類推適用）することはできないし、本人が、虚偽の外観作出につき、意思的関与も承認も与えていないことから、第三者は民法94条2項の単独適用（あるいは類推適用）によって保護されることはないのである。

しかし、本人は虚偽の外観の作出という結果を認識するものではないが、自身の選任した代理人による働きかけに基づき、結果がどのようなものになろうとも、代理人は本人の利益のためになすものであると信賴して、その権限踰越行為に「余りにも不注意な行為」によって助力したのである。そうであるならば、本人が「余りにも不注意な行為」をなすに至ったのは、権限踰越行為によって作出される外観につき無留保の事前承認をしたとほぼ同様なものといえ、本判決もそのように判断しているものと思われる。この場合、民法110条の信賴の対象を相手方の信賴の対象である「代理人としての外観」から第三者の信賴の対象である「虚偽の外観」に変換することができる。すなわち、民法94条2項を類推適用することができるのである。

ただし、第三者が、本人が虚偽の外観につき事前承認したものとほぼ同様なものであることを立証するには、その結果である本人の「余りにも不注意な行為」だけでなく、本人の「余りにも不注意な行為」でもって権限踰越行為に助力する要因となった事情、すなわち、本人がその者を信賴することになった事情である基本代理権の存在の立証をも要件とすべきことになる。

以上の点を要件的にみれば、結果的に、民法110条と同法94条2項の要件を結合させているということになり、この要件結合によりはじめて第三者を保護する法構成が可能となる。そして、この法構成の適用は、本人が信賴を与えた代理人が行った権限踰越行為に「余りにも不注意な行為」によって本人が助力した場合に限定されることになる。

さらに、民法110条が、単なる第三者保護要件として「無過失」を加味するだけしか役割を与えられていないとの解釈は、類推解釈とはいえない。類推解釈といえるためには、事案の類似性が強調されるべきである。そして、本判決が民法110条の類推適用を判断していることは、本事案が権限踰越の表見代理事案

に類似していることを意味しており、さらにそれは、民法110条の法的基本構成が若干の修正がある場合があるものの本事案に適用されることを意味している。ということは、民法110条適用の基本的要件たる基本代理権の存在も要件の一つとして本判決は捉えているということになる。そうでなければ民法94条2項単独での類推適用となるはずである。

4. おわりに²¹⁾

本判決後、筆者が把握している限りでは、東京高判平20・5・21訴月55・9・2980、東京地判平23・12・8 LEX／DB25490842、東京地判平成24・12・19LEX／DB25498962、東京地判平24・12・27LEX／DB25498837が本人の「余りにも不注意な行為」を認定している²²⁾。以上、いずれも下級審である。このうち、前掲東京高判平20・5・21および前掲東京地判平24・12・27は、四宮類型における意思外形非対応型に分類できる。このことからすれば、下級審は民法94条2項および同法110条類推適用事案と「民法94条2項および同法110条の法意に照らして」判断される事案は、同じ事案であり、後者も両条項の類推適用であると捉えているものと思われる。

他の事案（前掲東京地判平23・12・8、前掲東京地判平24・12・19）は、平成18年判決と類似の類型に分類できるものであるが、基本代理権を与えている事案は前掲東京地判平23・12・8だけであった。しかも事実行為の代理権であることから、本来ならば、民法110条事案に該当しないものである。

このように下級審は私見に与するものではないが、前掲東京地判平24・12・19事案に見るように、本人の重大でもない不注意を容易に本人の「余りにも不注意な行為」であると認めてしまっているのである²³⁾。さらに、前掲東京高判平

21) 以下、本判決以降の下級審裁判例の分析検討については、松田・前掲注(1) 190-191にも依拠している。

22) 事案概要・判決等は松田・前掲注(1) 183-190参照

23) 前掲東京地判平24・12・19は、約8月間（YからC社名義への移転登記申請が平成22年7月1日受付、転々譲渡され、Xへの所有権移転登記申請は平成23年3月10日である）と本人が放置している期間は短期であるにもかかわらず、本件所有権移転登記の抹消の

20・5・21は、専門家でもない本人につき、「平成12年ころに複数回不動産の売買の経験しており、不動産取引についての経験も知識もある」と安易に推認している。前掲東京地判平24・12・19も、同じく専門家でもない本人が、複数の不動産を購入し、司法書士に委任して所有権移転登記手続をした経験があることをもって、あたかも専門家であるかのごとく、司法書士に交付・提示した書類が虚偽の外観作成に利用されることを容易に認識し得たとの認定もしている。

このように下級審においては平成18年判決事案を契機として、本人による「自ら外観の作出に積極的に関与した場合やこれを知りながらあえて放置した場合と同視し得るほど重い」「余りにも不注意な行為」を容易に認定する傾向にあるといえる。

この傾向は、民法94条2項の類推適用要件を緩和しているものといえ、容易に民法94条2項が類推適用されることになり、ひいては様々な類似の事案に広く適用されることになるといった一般法化へのよりいっそうの前進ということになるのであろう。しかし、これはあまりにも文理に反するものといえ、法解釈の限界を超えているものであり、このような解釈適用は行うべきではない。そうでなければ、民法94条2項に限らず民法のさまざまな条文でこのような解釈が可能だということになり、民法の法解釈の根幹を揺るがすことになりかねないものといえよう。

最高裁が民法110条の類推適用と判断している以上、事案への適用において適正かつ厳格に類推適用的解釈を取るべきである。そのためにも私見たる法構成である、「基本代理権の存在」する事案についてのみ本判決の論理の適用がなされるべきものとする必要がある。また、それは、結果的に、民法94条2項の適

ために必要な措置を執らなかったことが、虚偽の外観を漫然と放置したものと認定している。

なお、前掲東京高判平20・5・21事案では、約10月間（F社名義に申請したのが平成15年9月9日受付で、その後、G社へ、G社からH社へ名義の移転申請は平成16年7月5日である）、前掲東京地判平23・12・8は、約14月間（仮登記抹消申請受付日が平成19年11月12日、Y名義への所有権移転登記申請の受付が平成21年1月7日）、前掲東京地判平24・12・27は、約8カ月間（虚偽の外観作出が、平成22年7月1日、転々譲渡され、第三者にまで登記名義が移転したのは、平成23年3月4日）であり、いずれも短期であるが、これらは本人が漫然と放置したものとは認定していない。

用の限界を画すものといえよう。

以 上

